

期待可能性理論の再検討

川 端 博

Überprüfung der Zumutbarkeitslehre

Hiroshi Kawabata

期待可能性理論は、適法行為を決意することが行為者に期待できない事情が存する場合には、その行為者に対して責任を問うことはできない、ということとその本来の内容とするものである。これは、フランクの論文(Frank, Über den Aufbau des Schuldbegriffes, 1907)を起点とし、ゴルトシュミット (Goldschmidt, Der Notstand, 1913), フロイデンタール (Freudenthal, Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, 1922), エ・シュミット (Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, AT, 26. Aufl., 1932), メツガー (Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 2. Aufl., 1933)等によって確立され、ナチス時代には刑法の軟骨化をもたらすとしてキール学派から激しく攻撃されたこともあったのであるが、しかしその基盤が強固であったため命脈を失うことなく、今日でも刑事責任論の中核の一つを成している。とはいえ、この理論には種々の問題点が包含されており、常に新しい視点からの問い直しが必要であるように思われる。それは、責任概念の中核を成すと考えられてきた期待可能性の内容が、まさに「責任」(Schuld) 概念の内包の変遷にもなって変化せざるを得ないからである。それとの関連において、期待可能性理論が刑法理論の全体構造の内においていかなる地位を占め、また、いかなる機能を果しているのか、ということが検討されなければならない。その意味においてこの理論は、刑法学の犯罪論の他の分野における最近の著しい進展と無関係ではないのであり、過失犯における注意義務の体系的位置づけおよび内容に関する議論や不真正不作為犯における作為義務の議論との関連で、新しい観点から再検討がなされているのである (Henkel, Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtprinzip, 1954, Festsch. f. Mezger, S. 249 ff.)。文献の摘示は省略するが、最近の過失犯や不作為犯に関するドイツの学者の著作には義務違反と期待可能性の関係に論及しているものが多い所似はここにある。

このように理論的に他の領域との関連を分析しなければならないのであるが、その分析を更り豊かにする

ためには、期待可能性の理論が生成、発展した経緯を詳細に跡づけたうえで、その理論のもつ歴史的意味を正確かつ公平に評価することが必要であることを忘れてはならない。わが刑法の母法であるドイツ刑法の規定をめぐって展開されているドイツの新しい議論に眩惑されて、これを無批判に導入するだけではわが刑法学の健全な発展にとって資するところは少ないといつてよい。この理論のもつ意味を再検討する場合には、特にそのことがあてはまるのであえて注意を喚起しておきたい。

期待可能性の理論の大きな功績は、従前の支配的見解であった心理的責任論を克服して規範的責任論を理論的に基礎づけた点にあるといえる。自然科学の発達にともなう優勢となった実証主義を基調とする理論が刑事責任論の領域にも浸透し、それは心理的要素としての故意・過失のみを責任の契機と解する心理的責任論として展開され、それまで十分に分析されなかった責任要素の解明をもたらすという成果をあげたのである (Vgl. Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974, S. 42 f., 62 ff.)。規範的責任論の先駆であるフランクおよびフロイデンタールの論文が日常用語例の検討を考察の出発点としたこと (Frank, a. a. O., S. 4 ff.; Freudenthal, a. a. O., S. 1 ff.) が象徴するように、法律家の判断と国民一般の判断の乖離を埋めるために責任概念の実体を究明しようとする試みが開始されたのであり、その際に最も重要な視点とされたのが「行為事情の常規性」であった。従来意識的に指摘されることはあまりなかったのであるが、規範 (Norm) は通常の (normal) 状況を前提として機能するものであるという、きわめて素朴な常識的理解を起点として責任の本質を倫理的な非難に求め、非常規的な事態のもとにあつては倫理的な非難が不可能となるため規範はその「実効性」を失うと考えられたといえるのである。このような考え方の基礎には、法規範はカント流に「なすべきが故になし得べし」(Du kannst, denn du sollst)ではなくて、「なし得るが故になすべき」(Du sollst, denn du kannst)ということの当然の前提とする思想がある (Vgl. Kohlrausch, Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung, 1910, S. 3, 24 ff.; Freudenthal, a. a. O., S. 6 f.)。これは、いわば義務規範論の側からの探求であるといえるであろう。自然主義的な心理的責任概念の方法論上の克服に対して別の側から貢献したのは新カント派法哲学であった (Achenbach, a. a. O., S. 57) ことは看過しえない。

前にも述べたとおり責任概念の内包の変化とともに期待可能性の理論にも当然変化が生ずる。倫理的・非難可能性としての規範的責任つまり刑法上の責任についての理解に対しては、近時、刑事学の成果から多くを学ぼうとする立場の人々によって疑問が提起されるに至っている。その結果、あまりにも倫理的な責任概念に固執する期待可能性論も、その固有な作用領域を「責任」論から違法性論や構成要件論の領域へ移動させようとする動きが強まってきている。その動因の一つとなったのが前出のヘンケルの論文であったといつてよいであろう。この問題は、もっと緻密に吟味されなければならないが、さしあたり従来通説のように期待可能性論をなす責任論の領域にとどめておいてよいと解する。行為者の自由の可及的保障という見地からいえば、構成要件該当性、違法性、有責性という三元構成の方法がより妥当であり、その有責性の基礎づけとして期待可能性論が違法性の認識ないしその可能性の理論とともに、有効適切に機能しうると考えられるからである。